

《 講 演 》

インターネット上での契約締結

ヨハネス・ハーガー (Johannes Hager)

翻訳：芦野訓和

I. はじめに

一般に、技術革新はこれまで知られていなかった新しい問題を惹起するといわれている。このことはインターネットにおいても異なることはない。契約締結が伝統的解釈学で描写できることはもちろん明らかである。一ドイツ連邦通常裁判所判決において、いくつかの特別な方法があるように思える場合にも同様である（後述Ⅱを参照）。もちろん、消費者保護規定は独特であり、そのほとんどはEU法にもとづいている。これら諸規律をドイツ法の既存の制度へ統合することが問題であるならば、さらなる問題がある。

II. 契約の締結

1. 契約の締結は第一には一般の規律に従う。申込みと承諾が必要であるが、もちろんマウスをクリックすることで行うこともできる⁽¹⁾。

a) このことは、技術的手段の選択が当事者に委ねられていることから導き出される。対面で合意するか、それとも電話をかけるか、あるいは電子メールや

(1) BGHZ 149, 129, 133 f.; 211, 331, 338 Rn. 19; BGH NJW 2005, 53, 54; 2011, 2643 Rn. 15; 2012, 2723, 2724 Rn. 29; Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl. 2018, Vor § 116 Rn. 1.

手紙を送るかは当事者の判断である。

b) 承諾期間が問題の場合には、結果は明らかである。対面の場合には、当事者はドイツ民法（BGB）147条1項—もちろん任意である—によりすぐに決定しなければならない。同じことが電話での申込み、あるいは、ウェブサイト経由での注文にも当てはまる。ただし、電子メールの使用が合意されている場合には、隔地者間の契約締結に関する諸規定が適用される。もちろん考慮の時間が短縮されることはないが、回答にかかる時間は短縮される。

2. おもに判例においていくつかの特別な規律が形成されているが、そちらの側に問題がないわけではない。

a) eBay（訳者注：世界最大のインターネットオークションサイト）またはその他の販売プラットフォームの普通取引約款（AGB）は、契約締結の変更を明記することが求められている⁽²⁾。とりわけ判例によれば、インターネットプラットフォームは、出品者は発送によりすでに拘束力のある意思を表明している、と定めることができる。インターネットプラットフォームは、承諾期間内に申出のあった最高価格が契約価格となる予定であることを内容として含むことが求められている。したがって、売主の意思表示は事前の承諾である⁽³⁾。販売プラットフォームの普通取引約款に最初から何らの規制がないことがうかがわれる場合には、すくなくともこのことは説得力がない⁽⁴⁾。というのは、第三者に有利な普通取引約款（drittbegünstigende AGB）も約款規制に合格している必要があるからである。このことはすでに結論が出ている。なぜプラットフォーム事業者の条項を十分に確認することができないかは依然として明らか

(2) BGHZ 149, 129, 136 ff.; 211, 331, 338 Rn. 19; BGH NJW 2011, 2649 Rn. 15; 2012, 2723, 2724 Rn. 29; 2017, 1660, 1661 Rn. 12.

(3) BGHZ 149, 129, 134; BGH NJW 2005, 53, 54; 2011, 1643 Rn. 16.

(4) BGHZ 149, 129, 138.

ではない。たとえば、悪意欺罔の事例が取消しから除外され得るならばほとんど説得力を持たないだろう。少なくとも、条項を確認する機会が与えられるべきである。それ以外にも、約款が使用者の利益ではなく第三者の利益に作用する場合にも規制条項が利用できる⁽⁵⁾。

b) 反対に、この約款は申込を撤回できる要件を定めることが求められている⁽⁶⁾。入札者の手続の間の出品物の盗難について⁽⁷⁾、競売にかけられたオートバイは道路交通では許可されていないという理由で、意思表示の取消し可能性の場合と同様の判決が下された⁽⁸⁾。その結果、BGBはインターネットプラットフォームの約款に排斥される。連邦通常裁判所判決を前提にすれば、出品者の意思表示はその行為で終了し、盗難はBGB311a条1項により契約の有効な成立へと導かれる。ドイツの通説によれば、これは申込と承諾の間に不能になった—例えば盗難に遭った—場合にも当てはまる⁽⁹⁾。ここでも、使用者の約款の諸条項は内容規制に合格するだろう。しかしまた、ここでも最初から規制を排除すべき理由は全くない。

c) もちろん、合意は約款より優先する。連邦通常裁判所はある事例に判決を下した。売主は—eBayの手数料を節約するために—100ユーロの入札価格が2600ユーロ以上の入札価格を意味する、つまり、2500ユーロ以上を節約すると理解したと主張した事案である（訳者注：eBayでの出品手数料を節約するため、出品者が説明文の最後に、「出品手数料が高額のため100ユーロ以上を入力することができませんが、あなたは100ユーロの入札で売買価額2600ユーロ+

(5) BGHZ 104, 82, 93; 185, 133, 146 Rn. 31; BGH NJW 1984, 2186; Palandt/*Grüneberg*, § 307 Rn. 11.

(6) BGH NJW 2011, 2643 f. Rn. 18 ff.; 2014, 1292, 1293 Rn. 18.

(7) BGH NJW 2014, 1292, 1293 Rn. 21.

(8) BGH NJW 2011, 2643, 2644, Rn. 23.

(9) Jauernig/*Stadler*, BGB, 16. Aufl. 2015, § 311a Rn. 3; Palandt/*Grüneberg*, § 311a Rn. 4; a. A.: MünchKomm/*Ernst*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2016, § 311a Rn. 36; Soergel/*Gsell*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 311a Rn. 26.

送料で同意したことになります。」と大文字で書いていた)。連邦通常裁判所は以下のように判断した。売主と買主の間では合意が成立している。この状況は全体として評価されるべきである。低額の入札価格は明らかに不自然であると⁽¹⁰⁾。この判断もまた納得できるものではない。約款では入札価格は正しく表示されることが求められているからである。最高価格への拘束が合意されていると扱うことと、オークション (Bietweise) の場合に任意の例外を認めることはいずれにせよ矛盾している。

d) 確定した判決によれば、インターネットオークションは BGB156条 (の競売) には当てはまらない⁽¹¹⁾ (訳者注:すでに連邦通常裁判所は、インターネットオークションでは、売却の承諾によって成立するものではないことから、156条の競売ではなく、通信取引契約の撤回権の例外を定めた旧312d条4項5号の「競売」には当たらないと判断していた)。このことはすでに問題がない、というのは、BGB156条により考慮されている保護メカニズムは、出品者に有利になるように破られているからである。消費者保護の観点のもとでも、それについては何らの必要性もない。確かに、BGB312g条2項が消費者の撤回権の例外を定めている。しかし、インターネットオークションの際には要件は満たしていない、というのは、消費者本人がそこにいないからである。

e) 連邦通常裁判所は、弁済に関してもインターネットの魅惑に屈した。携帯電話を購入したある買主が、配達されていないと主張した。彼はオンライン決済サービス (PayPal) で支払っていた。彼の主張によりその支払 (代金) は返還され、その結果、売主は合意された購入価格を要求した。連邦通常裁判所は次のように判断した。すなわち、決済サービスによる支払は債権の消滅を導き⁽¹²⁾、PayPal のキャンセル (Storno) により弁済の効果は遡及的に消滅せ

(10) BGH NJW 2017, 1660, 1661 Rn. 12 ff.

(11) BGHZ 149, 129, 137 f.

(12) BGH NJW 2018, 537, 538 Rn. 17 ff.

ず⁽¹³⁾、しかしながら、売主と買主の間には、支払の返還（Rückbelastung 訳者注：PayPal の制度）の際には当初の債務が復活することについて黙示の合意があった、とした⁽¹⁴⁾。これは不必要に複雑で、ほとんど説得力がない。銀行振込も弁済である⁽¹⁵⁾、しかし、PayPal での支払とは反対に、売主と銀行によりそれを取り消すことはできない。オンライン決済サービスによる支払はむしろ暫定的なものである。したがってそれは、債務者が少なくとも結果に異議を述べることができるという取立権限手続に似ている⁽¹⁶⁾—その結果、異議により何らの弁済も生じないし、むしろ遡及的に消滅する⁽¹⁷⁾。この連邦通常裁判所の理論は、購入価格の払戻しを、オンラインサービス提供者に自主的な決定権限を与える特別な決済の合意にもとづかせ⁽¹⁸⁾、弁済の効果が遡及的に消滅することと変わらない。

3. 権限のない者がインターネットでの契約締結に参与している場合には、特別な問題が生じる。この場合には、本質的に二つ問題がある。

a) 第一に、（そのような場合にも）インターネットプラットフォームのアカウントの所有者が自ら取引をしているという印象を契約当事者に与えるだろうことである。この場合には、他人の名義での取引が問題である。潜在的契約相手方については、eBay のプラットフォーム上で呼び出し可能な個人の情報およびアカウント所有者のアドレス（Anschrift）が決め手となる⁽¹⁹⁾。

b) 他方で、行為の帰属可能性も問題である。その行為には代理意思が欠けて

(13) BGH NJW 2018, 537, 538 f. Rn. 22 ff.

(14) BGH NJW 2018, 537, 539 f. Rn. 28 ff.

(15) Palandt/Grüneberg, § 362 Rn. 9.

(16) Palandt/Grüneberg, § 362 Rn. 11.

(17) BGHZ 186, 269, 281 Rn. 25.

(18) BGH NJW 2018, 537, 539 Rn. 26.

(19) BGHZ 189, 346, 350 Rn. 10.

いるにもかかわらず、代理の諸規定が適用される。このことはインターネット経由で処理される取引にも当てはまる⁽²⁰⁾。

- (1) アカウント所有者が行為者の行為を知ることができなかった場合には、認容代理（Duldungsvollmacht）に関して具体的には何らのよりどころもない⁽²¹⁾。
- (2) 表見代理は二つの理由から排除される。一つは、関係者は初めて取引したことである⁽²²⁾。もう一つは、アカウント所有者が権限のない者の利用を予見しなければならない場合にのみ、代理規定が介入することである⁽²³⁾。
- (3) さらに、アクセスデータの不注意な取扱いの責任も問題となる。連邦通常裁判所は、不法行為の領域において、第三者による誤用に対して会員アカウントの所有者が十分な注意を払っていなかった場合にその責任を認めていた⁽²⁴⁾。実際にあった事例では、夫が問題となった⁽²⁵⁾。連邦通常裁判所は、この判決においては法律行為上の行為と不法行為上の行為を同等に扱ったが⁽²⁶⁾、これら二つの領域間ではもはや異なった判断を下している。連邦通常裁判所によれば、法律行為領域の責任については、当事者は第三者の行為を法律上求められる注意をもって認識し防止できたことは必要ではなく、また詐称された本人が第三者の行為を推知し同意していると取引の相手方が思っていたら

(20) BGHZ 189, 346, 352 Rn. 15.

(21) BGHZ 189, 346, 352 Rn. 15.

(22) BGHZ 189, 346, 353 Rn. 18.

(23) BGHZ 189, 346, 353 Rn. 17.

(24) BGHZ 180, 134, 138 Rn. 16 ff.; 185, 330, 334, Rn. 14.

(25) BGHZ 180, 134, 138 f. Rn. 16 ff.

(26) BGHZ 180, 134, 138 f. Rn. 16 ff.

うことも必要でない⁽²⁷⁾。この区別が実際に支え得るかはどちらかと言えば疑わしいが、連邦通常裁判所は、アクセスデータの識別機能が手紙や住所のような他の表示の仲介をはるかに超えている、と理由もなく強調しているわけではない。この責任は、本人を確認する可能性が著しく損なわれているという事実にもとづいている⁽²⁸⁾。熟考するならば、BGB172条1項の類推適用が妥当である。結果的に法律行為上の責任は否定されるべきであり、つぎのようになる。アクセス権の所有者は、成人の客に対するのと同じ様に⁽²⁹⁾、成年に達した子供に対して⁽³⁰⁾、注意監督義務をほとんど負わない。このことが決定的な点である。すなわち、夫を疑うべきではない。

- (4) eBay は、会員は自己の会員アカウントの使用のもとで行われるすべての活動に関し責任を負う、という条項をその約款に含んでいる。この条項は一制限された責任 (*Haftungsverpflichtung*) と理解されている一権利外観責任の規律をはるかに超え、そしてそれゆえ、内容規制に耐え得ないこと⁽³¹⁾は、本来おのずから自明のことである。というのは、アカウント所有者が権限のない者の使用を知らず、知ることができない場合にも、彼は責任を負うからである⁽³²⁾。

Ⅲ. 消費者の保護

自宅の机の上での契約締結という方法は特有の危険を生じる。この危険、とりわけ消費者の任意の軽率な判断を防止するために、EU は多くの指令 (*Richtlinie*) を出しており、とりわけ、通信取引 (*Fernabsatz*) および電子商取

(27) BGHZ 189, 346, 355 Rn. 20.

(28) BGHZ 180, 134, 139 f. Rn. 18.

(29) BGHZ 210, 224, 228 f. Rn. 17.

(30) BGHZ 200, 76, 83 f. Rn. 25 ff.

(31) BGHZ 189, 346, 355 f. Rn. 21.

(32) BGHZ 189, 346, 355 f. Rn. 21.

引（E-Commerce）指令がそれである。それらはドイツ民法典に編入された。BGB312c 条から312k 条がそれに相応する。むろん政府草案の理由書は、立法者が直面し最終的には解決できなかった困難をすでに指摘していた。立法府は、EU の基準という観点からも、適用除外（*Bereichsausnahmen*）を平準化できる状況ではないと気づいた。同じく、法律行為がもつばら隔地者間の通信手段（*Fernkommunikationsmittel*）のみを用いて成立する場合にのみ、通信取引契約に関する諸規定が当てはまるという問題が残っていた⁽³³⁾。たとえば、事業者による消費者の不十分な情報の法的効果が問題である場合には、さらなる困難が避けられない。

1. 該当する契約類型の定義づけに関する問題はわずかである。BGB312b 条 1 項は、BGB312i 条 1 項と同様に物の給付または役務の提供に関する契約も問題としている。

a) (該当する契約類型の) 諸概念は、ヨーロッパ法上定義されたことにより、幅広く解釈されうる⁽³⁴⁾。それは、雇用契約、請負契約、役務提供契約そして有償事務処理契約にもとづく消費者への作為給付の遂行を含んでいる。労働契約は根本的に除外される⁽³⁵⁾。消費者が単に給付のみを受ける場合は、それゆえに除外された。例外範囲は狭く解釈すべきである。第三者への給付—たとえば、持分の購入（*Kauf einer Beteiligung*）—は、仲介人契約（*Vermittlervertrag*）を有償とみなすのに十分である⁽³⁶⁾。片務契約が問題となる場合には、この法律は問題を生じる。というのも、この場合その文言は当てはまらないように見えるからである。しかし、保護の目的からそれも含まれる（保護目的がそれに有利

(33) Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/1640, S. 167 linke Spalte.

(34) So für den wortgleichen Artikel 29 EGBGB BGHZ 123, 380, 385; 135, 124, 130 f.; MünchKomm/Martini, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1998, Art. 29 EGBGB Rn. 10; vgl. ferner Palandt/Heinrichs § 1 FernAbsG Rn. 6.

(35) BGHZ 123, 380, 385; 135, 124, 130 f.

(36) BGH NJW 2003, 1190, 1191.

に作用する)⁽³⁷⁾。

それとは反対に、保証もそれに当てはまるかという BGB312条の枠組の中で議論の余地のある問題について、欧州司法裁判所は確定した周知の要件、すなわち債務者と同様保証人も消費者でなければならないという要件のもとで肯定し⁽³⁸⁾、連邦通常裁判所はもはや債務者としての地位を考慮せずに事業者としてもこれを肯定し⁽³⁹⁾、この問題はもはや BGB312c 条 1 項および312i 条 1 項の際には特に重要ではない。新しい BGB766条の要式によれば、保証の意思表示の文書方式は電子方式によりすることはできない。文書により引き受けられた保証の問題は残っている。これは、事業者による交渉開始に隔地者間の通信手段の方法を要求する BGB312c 条には通常は該当しない。この際、たとえば電話による勧誘が問題となる。通信取引指令の趣旨が売買目的物を十分に検査できない顧客を保護することであるとするならば⁽⁴⁰⁾、その適用についてはほとんど述べられない。特別な販売形態の際の不意打ちに対する保護が強調されるならば、それとは異なる⁽⁴¹⁾。もちろん、不意打ちによって特徴付けられる訪問販売の状況での契約締結が残っている⁽⁴²⁾。

b) 利用される隔地者間の通信手段に関しては、BGB312c 条 1 項が、BGB312c 条 2 項に含まれている範囲の抜粋を規定している。BGB312i のテレメディアサービス（訳者注：一定の電子情報・通信サービス（テレメディア法 1 条の概念））は、通信手段の例として BGB312c 条 2 項に挙げられている。したがって、電子商取引指令およびその国内法化は、電子取引に関する追加的な義務が特別に置かれたという点では、改正をもたらした。

(37) Erman/Koch, BGB, 15. Aufl. 2017, § 312 Rn. 9.

(38) EuGH NJW 1998, 1295, 1296; ebenso BGH NJW 1998, 2356 f.

(39) BGHZ 165, 363, 367 ff.

(40) MünchKomm/Wendehorst, 4. Aufl. 2001, vor § 1 FernAbsG Rn. 2.

(41) Köhler, NJW 1998, 186; A. Fuchs, ZIP 2000, 1274.

(42) BGHZ 165, 363, 367 ff.; Erman/Koch, § 312 Rn. 19.

c) 契約締結を修正する二つの違いもむろん論ずべきである。

(1) BGB312c 条 1 項は、契約がもっぱら隔地者間通信手段（訳者注：手紙、カタログ、電話、ファックス、電子メール、SNS、ラジオ放送およびメディアサービスのように、契約当事者が同時に物理的に対面することなく、契約の交渉または締結のために用いることができるあらゆる通信手段）を用いて締結されることを要件とする。それに対して BGB312i 条 1 項は、事業者がテレメディアサービスを使用することで十分である。すなわち、主たる使用は要件とされていない⁽⁴³⁾。このことは、契約が人的な交渉を通じて開始した場合には、もっともな違いとはならない。たとえば、注文が電話により行われたならば、契約締結は BGB312c 条 1 項にも 312i 条 1 項にも該当しない。注文が電子メールによって行われる場合には、それとは異なる。その場合には BGB312i 条 1 項が該当する。もちろん、重要な違いは撤回権に関して明らかになる。行為が BGB312c 条に該当する場合にのみ、消費者は BGB312g 条により撤回可能である。BGB312i 条はそのような撤回権を定めていない。

(2) 二つ目の問題領域は、事業者の組織に関係する。BGB312c 条 1 項は、隔地者間取引について組織化された販売あるいはサービスのシステムの中で行われない場合には適用されない。もちろんこのことは、それではいつそのようなシステムから出発すべきかという問題につながる。ドイツ法における通説は、いわゆる客観的隔地者間取引システムを支持する。すなわち、企業がふさわしい取引慣行にもとづき電話などの方法により大規模に契約を締結することで十分である。このこと

(43) Micklitz, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann, Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, 2001, S. 212.

は、通常は電話により注文を受ける小さな手工業者経営の場合にはふさわしくないかもしれない、というのは、使用できる代替的手段がないからである⁽⁴⁴⁾。とりわけ、BGB312c 条2項の例示のような双方の手紙のやりとりをしないことは BGB312c 条1項の適用可能性を排除する。給付履行の際に顧客のコンタクトが重要であるかを決定づける主観的システムという代替的手段が助けにならないだけに、法律の明確な文言にかんがみこのような考察は後置されるべきである。電話で合意された理髪店の予約は、顧客のコンタクトという観点から、電話で合意された自動車整備とは異なって評価されるはずであるが。その際そこに顧客はいない。これに対して312i 条1項の場合には、これらはすべて重要ではない。適合する通信手段が利用された場合、この規定が関係する。たとえば、電子メールによる個別の契約締結は、もちろん電話やあるいは手紙によるそれに似ているが、312i 条2項によって比較的容易に区別が可能な例外である⁽⁴⁵⁾。しかし、全く完全に否定すべきではない場合には、この点での相違はわずかに許されるだろう。たとえば、契約が隔地者間通信手段の（もっぱらではなく）ときどきの利用のみで成立する場合には、隔地者間の販売およびサービスシステムの組織としては不十分である⁽⁴⁶⁾。結局のところ、この場合には個別の契約締結と異ならないと思われ、例外的な隔地者間通信手段に近づけられる。BGB312i 条2項1文が適用される。

IV. 情報提供義務の解釈学的構造

1. BGB312d 条1項および312i 条1項2号は情報提供義務について定めている。その際、立法者は一むろん EU 指令も同様に一、それまでの見解では含ま

(44) MünchKomm/Wendehorst § 1 FernAbsG Rn. 52.

(45) Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040, S. 172 rechte Spalte.

(46) Ring, Fernabsatzgesetz, 2000, § 1 Rn. 24; A. Fuchs, ZIP 2000, 1275; Dilger, Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Internet, 2000, S. 69.

れないさまざまなカテゴリーを情報提供義務概念のもとにまとめたと思われる。難点の一つは、民法施行法（EGBGB）246条および246a条による情報提供義務と似ていることである。以下、EGBGB246条に限定して説明する。

a) EGBGB246条1項3号により提供されるべき価格は伝統的な意味での情報ではない。たとえば、価格の表示が欠けているならば、少なくともドイツ法の理解では事業者の申込みは完全ではない⁽⁴⁷⁾。契約の要素が定められていないので、承諾することは不可能である。というのは、たとえば債権者としての事業者の給付決定権をBGB316条により想定することは不可能だからである。もちろんこのような給付決定権は、両当事者が一方当事者の権限について合意していることが前提である⁽⁴⁸⁾。法的効果に関してはさらに考える必要もない。価格の合意が欠けているので契約は成立していない⁽⁴⁹⁾。

b) 同様に、継続的あるいは定期的給付の際の契約存続期間を認めるEGBGB246条1項6号は、何らの伝統的情報提供義務を含んでいない。表示が不十分な場合には、一般規定によりいつでも終了することができる期間の定めのない契約が成立する。その際には、BGB305条2項の直接適用が問題である。事業者による表示がなく、消費者の承諾がない場合には、約款は契約の構成部分とはならない。

c) これとは反対に、たとえばEGBGB246条1項2号の場合には、典型的な情報提供義務が問題となる。いずれにせよ、事業者の住所は契約締結に関して本質的ではなく、それゆえ、追加的な説明義務の合理的な対象となる。

(47) Im Rahmen des Art. 55 CISG ist das bekanntlich sehr strittig; vgl. Staudinger/*Magnus* (1994) Art. 14 CISG Rn. 27 ff.

(48) Palandt/*Heinrichs* § 315 Rn. 1; Erman/*Battes*, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. 2000, § 315 Rn. 1; Staudinger/*Rieble* (2001) § 315 Rn. 187; zumindest einen festen Vertragsschluss fordern MünchKomm/*Gottwald*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 2001, § 315 Rn. 12.

(49) MünchKomm/*Wendehorst* § 2 FernAbsG Rn. 24.

2. この違いは、純理論的性質であるだけでなく、法的効果に関し確実な結果をもたらす。BGB356条3項は、EGBGB246a条に適合する情報提供義務の履行により初めて撤回権が発生すると定めている。しかし、この法的結果は当然の区別を反映していない。

a) 契約が一たとえば、価格に関する瑕疵ある合意により一成立しなかった場合、法律行為は撤回できないし、撤回の必要はない。これは根本的にほとんど解決されないだろう。BGB355条の撤回権はその時まで有効な法律行為を破壊する（効力を失わせる）ものである⁽⁵⁰⁾。むしろ、その他の点でととのっている法律行為が存在する場合にのみ、これは可能である。そうでない場合には、撤回権はもはや必要ではない。すなわち、契約は定義上成立しない。

b) その他のいわゆる情報提供義務の不履行の際にも異なる評価が必要である。たとえば、事業者が自らが希望する契約存続期間を示していないならば、それ（契約継続期間）はすでに法律行為の構成部分にはなっていない。ここでは撤回権は重要な意味を持たない。一方でこの条項は無効にする必要はないが、他方で、おそらくその条項は構成部分になっていないので、顧客は確かに契約関係に入っている。

c) 不完全な情報に対する制裁としての撤回権の遅れた期間の開始は、典型的な情報提供義務が問題となり、その不履行が契約の有効な成立の障害とならない限りにおいて意味がある。

V. 電子商取引指令違反の効果

1. EUの電子商取引指令の国内法化としてのBGB312i条は、事業者さらなる一連の義務をもたらしている。

(50) Palandt/Heinrichs § 361 a Rn. 8.

a) 312i 条では、適切で有効かつ入手可能な技術手段を利用可能なものとし、顧客がそれを用いて意思表示の入力ミスに気づき、そして訂正することができるようにする義務、ならびに、注文の到達を顧客が電子的手段で即座に確認できるようにする義務が最も重要なものとされている。

b) 義務は容易に描写しうるが、法的効果に関する問題は複雑である。

(1) 当初の提案では、これらの義務の不履行は契約の有効性に影響を与えないと明言されていた。政府草案とその理由書はこの点とは乖離している。政府草案理由書では以下の通り説明されていた。すなわち、この規定は顧客の保護を目的とし、契約を無効とすることはその目的 (Telos) に反するだろう。検討された明確化は、明確な法的状況を疑わしいものとし、他の結果に関しては不明確さを根拠づけるという危険をはらみうる⁽⁵¹⁾。

(2) 政府草案の理由書は新規定に関し以下のようにコメントしている。すなわち、是正措置を講ずる義務 (1 項) の違反は、極端な場合には、顧客がそもそも法律行為上の意思表示が行われたことにまったく気づいていないという事実につながりうる。したがって、法的拘束力のある意思表示は存在しない。そのような義務の違反は通常は、意思表示の錯誤につながるだろう。顧客は取り消すことができる。サプライヤーの損害賠償請求は矛盾する行為である。このことは何らの説明も必要がないという理由から、この明文から除外される⁽⁵²⁾。

(3) このような整理が正しいかどうかはまさに問題である。

(51) BT-Drucks. 14/6040, S. 173 linke Spalte.

(52) BT-Drucks. 14/6040, S. 173 rechte Spalte.

(a) 二つの可能性が考えられる。第一には、顧客は最初に契約書の草案を作成することを望んでいる。しかし、サプライヤーによる適切な是正措置が欠けていることから、顧客は誤って、気づくことなしに注文を送信してしまう。その場合には、当事者が再考を望んでいた案を誤ってポストに投函した場合と同様に、いわゆる紛失した意思表示 (*abhanden gekommene Willenserklärung*) が問題となる。もう一つの可能性が、表示意識 (*Erklärungsbewusstsein*) の欠如である。たしかに、顧客は取引をするつもりではあるが、客観的かつ規範的基準にもとづいて (すでに) 意思表示をしていることに一過失により一気づいていない。

(b) そのような表示意識の欠けている紛失した意思表示の法的効果については議論の余地がある。紛失した意思表示の例において、一まさに電子的手段の利用による意思表示に関し一意思の観念に著しい変化が生じている。紛失した意思表示は、かつては存在しないとみなされていた⁽⁵³⁾が、今日では、契約草案の起草者がそれが交渉にあることに責任を負うべき場合には、有効な意思表示として広く肯定されている⁽⁵⁴⁾。むろん、当事者は取り消すことができるが、BGB121条の期間内に取り消さなければならない。そして、彼は BGB122条により信頼利益の賠償責任を負う⁽⁵⁵⁾。この場合に有効な意思表示を否定する少数説は、それにもかかわらず、同様にその規定を適用する⁽⁵⁶⁾。表示意識の欠けている意思表示について、通説はかなり以前から、有効であり、かつ BGB119条 1項 (第2選択肢) により取消可能な意思表示と解している⁽⁵⁷⁾。BGB122条 1

(53) BGHZ 65, 13, 14; auch noch Soergel/Hefermehl, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 1999, § 130 Rn. 5, soweit auf Seiten des Verfassers keine Fahrlässigkeit vorliegt.

(54) MünchKomm/Einsele § 130 Rn. 40.

(55) Palandt/Heinrichs § 130 Rn. 4; MünchKomm/Einsele § 130 Rn. 14; Soergel/Hefermehl § 130 Rn. 5; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 1997, Rn. 266; wohl auch Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 26 Rn. 5.

(56) Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 197; Canaris, JZ 1976, 134.

(57) BGHZ 91, 324, 329 f., 331 f.

項による責任は当然の結論である。ここでも、少数説は、同様にその規定を適用する⁽⁵⁸⁾。通説によれば、表示意識のない意思表示の場合と同様に、紛失した意思表示の場合にも、その効果を否定するために取消しが可能である⁽⁵⁹⁾。

(c) むろん、一般規定から導き出される法的効果が消費者の利益にかなうかどうかが問題である。少なくとも単なる取消可能性には、それが BGB121条の短期の期間制限に服し、過失による不作為の際には排除されるという欠点がある。判例は、たとえば表示意識が欠けている場合に、かなり厳格である⁽⁶⁰⁾。

(4) より詳細な定義づけなしに、議会草案はその理由書において、現行の BGB311条 2項、241条 2項、280条 1項に規定されている契約締結上の過失に言及している⁽⁶¹⁾—もっとも、その請求の根拠の問題性を付言することなしではなく。それは、サプライヤーの義務違反が契約の不利な締結に関する条項であったことが要件である⁽⁶²⁾。連邦通常裁判所の判例によれば、説明に適合した行動 (aufklärungsrichtigen Verhaltens) が推定されうる⁽⁶³⁾。したがって、因果関係の欠如に関する証明責任は事業者にある。消費者は、事業者の不十分な説明により誤って意思表示を行ったと認められる場合、この方法で契約の解除を求めることができる⁽⁶⁴⁾。反証は事業者にはほとんどうまくいかないだろう。

3. このことは、同様の理論的説明では、BGB312i 条 1項 2号の表示とみなされない。たとえば、BGB 情報令 3条 4号に応じた契約締結に関し、利用で

(58) Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 537, 548 ff.

(59) Grigoleit, WM 2001, 601 meint, in derartigen Fälle werde schon häufig der objektive Tatbestand einer Willenserklärung fehlen, da die Eingabe des Kunden nach dem objektiv-normativen Empfängerhorizont nicht als Erklärung zu werten sei. Doch dürfe der Schluss von der fehlenden Information auf die fehlende Erklärung zumindest nicht zwingend sein.

(60) Vgl. z. B. BGHZ 91, 324, 333: 15 Tage sind bereits zu lang.

(61) BT-Drucks. 14/6040, S. 173 rechte Spalte; Grigoleit, NJW 2002, 1156.

(62) BT-Drucks. 14/6040, S. 173 rechte Spalte.

(63) Vgl. z. B. BGHZ 114, 75, 81 f.; 124, 151, 159 f.; BGH NJW-RR 2000, 998, 999.

(64) Grigoleit, WM 2001, 602.

きる通常言語についての不十分な情報は、顧客に契約を解除する何らの権利も与えないということに、議会草案理由は注意を喚起している⁽⁶⁵⁾。ここでは、EU指令に由来しているがそれを受け入れることが困難をもたらすという立法者の構想の矛盾が影響を及ぼす。BGB312i条は固有の撤回権を有していない。確かに、BGB312i条3項2文はその他の方法で与えられる撤回権を参照するが、新しいものを生み出すものではない。これにより、通信取引の規定に該当する契約締結とBGB312i条にのみ当てはまる契約締結との間にわずかであるが納得できる違いが生じる。

4. いずれにせよドイツ法によれば、BGB312i条1項3号は改革である。事業者は注文の到達を電子的な方法で確認しなければならない。解釈学的な整理は容易ではない。一部は確認を承諾とみなし⁽⁶⁶⁾、一部はこれと区別される⁽⁶⁷⁾。ひとつめの解釈に対しては、事業者の拘束力ある申込みも単に顧客への申込みの誘引と理解されるという状況が不利に働く。これは保護の目的に反している。ふたつめの解釈可能性は、瑕疵ある通知の効果を決定する困難さに直面することに気づく。契約締結上の過失（*culpa in contrahendo*）（の理論）は、しばしば損害がないため、ほとんど解決の手助けにならない。しかし、それはまだましだろう。

VI. まとめ

1. インターネットにおける契約締結は一般的な規律に従う。連邦通常通常裁判所の判決に反して、インターネットプラットフォームの普通取引約款は規制されなければならない。何らの特別法も存在してはならない。

2. 通信取引指令における情報提供義務の規定化は誤解を招きやすい。契約を

(65) BT-Drucks. 14/6040, S. 173 rechte Spalte.

(66) Schwintowski, EWS 2001, 202; Tettenborn/Bender/Lübber/Karenfort, BB 2001, Beil. 10, S. 25 f.

(67) Grigoleit, NJW 2002, 1158.

成立させる意思表示の諸要素を区別し、追加条項と典型的な情報提供義務とを区別すべきである。法的効果もこれに依拠する。契約は成立しないし、追加条項は契約の構成要素ではなく、一部が契約それ自体の締結を妨げない典型的な情報義務に該当するだけである。

3. 電子商取引指令の最も重要な追加義務は入力ミスの検出に関係する。法的効果はさまざまであるとみなすべきである。意思表示それ自体は規定通り成立するだろう。しかし、それは取消可能なものである。しかし、顧客にBGB121条の短期の期間制限を迫るものである。そのような場合には、契約締結上の過失原則が助けとなるだろう。

[訳者後記]

本稿は、2018年3月20日に東洋大学白山キャンパスにおいて東洋大学法学部法学会主催により開催されたミュンヘン大学ヨハネス・ハーガー教授による講演会“Der Vertragsschluss im Internet”の翻訳原稿である。当日は学内外から多くの聴講が参加し、講演後には活発な質疑応答も行われた。今回のハーガー教授の来日はドイツ学術交流会（DAAD）の海外派遣制度を利用されたものであり、日本での受入担当校として東洋大学法学部が実務を執り行った。

なお、本稿は平成29年度科学研究費（基盤研究C）課題番号17K03477「製作請負における《瑕疵》及び《契約適合性》概念に関する実態調査に基づく総合的研究」の研究成果の一部である。